0 BD

ALLEN & OVERY

Allen & Overy LLP
Apollolaan 15
1077 AB Amsterdam

Postbus 75440
1070 AK Amsterdam

Tel 020 674 1000
Fax 020 674 1111

PER POST EN PER EMAIL
Ministerie van Veiligheid en Justitie

Postbus 20301
2500 EH DEN HAAG

Amsterdam, 15 juni 2012
Onderwerp **Wetsvoorstel Herziening Arbitragewet**
Ons kenmerk
Van

Telefoon
Fax
E-mail

Geachte

Met belangstelling en genoegen hebben wij kennis genomen van het voorstel "Wijziging van boek 6 en boek 10 van het Burgerlijk Wetboek en het vierde boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de herziening van het arbitragerecht" (het **Wetsvoorstel**). Een indrukwekkend voorstel, dat ons inziens een verbetering inhoudt ten opzichte van de huidige regelgeving en de positie van Nederland als arbitrageland zeker zal versterken.

Graag zouden wij, zoals ook al eerder besproken, onze visie op dit Wetsvoorstel met u willen delen. Achtereenvolgens zullen wij daarbij ingaan op (i) de benoeming van arbiters in arbitraal kort geding, (ii) de mogelijkheid om in arbitrage deskundigen te horen, (iii) het verlof tot tenuitvoerlegging en (iv) de vernietigingsprocedure.

<u>De benoeming van arbiters in arbitraal kort geding</u>

Het doel van de met het Wetsvoorstel ingezette herziening van het arbitragerecht is, aldus de memorie van toelichting bij het Wetsvoorstel (de **Memorie van Toelichting**), de modernisering van de Nederlandse regeling voor arbitrage. Arbitrage moet een volwaardig alternatief bieden voor overheidsrechtspraak in zowel nationale als internationale gevallen. Belemmeringen voor het gebruik van geschilbeslechting buiten de rechter om zullen, aldus de Minister, worden weggenomen. Ook zal de aanpassing van het huidige arbitragerecht moeten leiden tot een verbetering van de Nederlandse concurrentiepositie.

Allen & Overy LLP is een partnership met beperkte aansprakelijkheid geregistreerd in Engeland en Wales onder nummer OC306763. De partnership is erkend door en valt onder toezicht van de Solicitors Regulation Authority van Engeland en Wales. De term partner wordt gebruikt ter aanduiding van een lid van Allen & Overy LLP of van een medewerker of consultant met hetzelfde statuut en beroepskwalificaties. Een lijst van de leden van Allen & Overy LLP en van de niet-leden die partner worden genoemd, ligt ter inzage op de zetel in Londen, One Bishops Square, Londen E1 6AD, en in de Belgische kantoren van Allen & Overy LLP.

Allen & Overy LLP of een daarmee verbonden kantoor heeft vestigingen in de volgende steden: Abu Dhabi, Amsterdam, Antwerpen, Athene, Bangkok, Belfast, Boedapest, Boekarest (verbonden kantoor), Bratislava, Brussel, Casablanca, Doha, Dubai, Düsseldorf, Frankfurt, Hamburg, Hongkong, Istanbul, Jakarta (verbonden kantoor), Londen, Luxemburg, Madrid, Mannheim, Milaan, Moskou, München, New York, Parijs, Peking, Perth, Praag, Riyad (verbonden kantoor), Rome, São Paulo, Shanghai, Singapore, Sydney, Tokio, Warschau en Washington, D.C.

In het kader van het Wetsvoorstel is veel aandacht besteed aan het verkrijgen van voorlopige voorzieningen, zowel in het hoofdgeding als in een afzonderlijk arbitraal kort geding (zie artikel 1043b van het Wetsvoorstel). In de Memorie van Toelichting (onderdeel EE) wordt gesteld dat het arbitraal kort geding voorziet in een "grote praktische behoefte bestaande uit snelle en mede daarom goedkope beslechting van geschillen". Ook zou de regeling een stimulans zijn voor partijen om een minnelijke oplossing voor hun geschil te vinden.

Of het Wetsvoorstel daadwerkelijk een snelle geschilbeslechting in arbitraal kort geding zal bewerkstelligen valt ons inziens echter te betwijfelen. Het wetsvoorstel bevat immers geen versnelde termijn voor het benoemen van arbiters. Hiervoor lijkt op grond van artikel 1027 van het Wetsvoorstel de algemene termijn van drie maanden, waarin partijen zelf de benoeming van het scheidsgerecht overeen moeten zien te komen, onverminderd te gelden. Eerst wanneer dit binnen die termijn niet lukt, kunnen partijen de Voorzieningenrechter verzoeken een scheidsgerecht te benoemen.

In de praktijk zien wij regelmatig dat waar één partij belang heeft bij een snelle beslissing, diens wederpartij daar vaak niet bij gebaat is. Wij verwachten dan ook dat partijen vaak niet op korte termijn overeenstemming zullen kunnen bereiken over de benoeming van een kort geding arbiter. In dat geval is de termijn van drie maanden voordat de Voorzieningenrechter verzocht kan worden een arbiter te benoemen erg lang.

Een vergelijking: regelingen in (internationale) arbitrage reglementen

Als het gaat om institutionele arbitrage voorzien de belangrijkste arbitrage reglementen eveneens in de mogelijkheid tot het voeren van een arbitraal kort geding of *"emergency arbitration"*. Een belangrijk verschil tussen arbitrage op grond van deze reglementen en het Wetsvoorstel is uiteraard de aanwezigheid van een achterliggend instituut met een secretariaat, dat direct in actie kan komen wanneer partijen een arbitraal kort geding willen starten. In de reglementen is de benoeming van arbiters in geval van een kort geding zodanig vormgegeven dat het instituut een arbiter benoemt (althans kan benoemen) binnen een zeer korte termijn nadat de aanvraag voor een dergelijk kort geding binnenkomt. Dit is dus aanmerkelijk sneller dan in het Wetsvoorstel.

Een voorbeeld is te vinden in de vierde afdeling van het NAI Reglement.[1] Artikel 42f NAI Reglement regelt de benoeming, welke "zo spoedig mogelijk na ontvangst van de aanvraag" zal plaatsvinden. In een dergelijk geval benoemt de administrateur het scheidsgerecht, dat bestaat uit één arbiter. Dit is alleen anders als partijen zelf hebben voorzien in een wijze van benoeming in arbitraal kort geding. Hier geldt aldus in beginsel geen 'voorfase' waarin partijen binnen een zekere termijn zelfstandig de samenstelling van het scheidsgerecht overeen moeten proberen te komen, maar kan men direct bij het instituut terecht voor de benoeming van het scheidsgerecht.

Ook een aantal buitenlandse reglementen biedt de mogelijkheid tot *"emergency arbitration"*. Zowel het reglement van de International Chamber of Commerce (**ICC**) als dat van de Stockholm Chamber of Commerce (**SCC**) kent in spoedgevallen een zeer snelle benoemingsprocedure. Ook hier wordt de arbiter direct door het instituut benoemd. Het ICC schrijft voor dat benoeming in principe binnen twee dagen na het aanhangig maken van de zaak bij het secretariaat door de president van het ICC zal worden gedaan.[2] In het SCC wordt zelfs een termijn van 24 uur na ontvangst van de aanvraag voorgeschreven voor de benoeming van een *emergency arbitrator*.[3] Deze benoeming geschiedt door het bestuur van het SCC.[4]

---

1 Artikel 42a e.v. NAI Reglement.

2 Artikel 2 (1) Appendix V: *"The President shall appoint an emergency arbitrator within as short a time as possible, normally within two days from the Secretariat's receipt of the Application."*

3 Artikel 4 (1) Appendix II: *"The Board shall seek to appoint an Emergency Arbitrator within 24 hours of receipt of the application for the appointment of an Emergency Arbitrator."*

4 Het reglement van de London Court of International Arbitration (**LCIA**) voorziet niet in emergency arbitration, maar kent wel een procedure voor de versnelde samenstelling en benoeming van een scheidsgerecht, de zogenaamde expedited formation. Echter, hieraan is geen tijdslimiet gekoppeld. Zie artikel 9 LCIA.

Het Wetsvoorstel – suggesties voor aanpassing

Een van de doelstellingen van het Wetsvoorstel is, zoals gezegd, dat arbitrage een volwaardig alternatief moet bieden voor overheidsrechtspraak in zowel nationale als internationale gevallen. Dit lijkt echter niet het geval te zijn voor het arbitraal kort geding, zoals dat in het Wetsvoorstel is geregeld. In tegenstelling tot het arbitraal kort geding, waarin het risico bestaat op vertraging bij de benoeming van de arbiter, kan een kort geding procedure bij de civiele rechter immers wel op zeer korte termijn plaatsvinden, indien nodig binnen enkele dagen. Dit zal ons inziens tot gevolg hebben dat de Voorzieningenrechter zich op grond van het bepaalde in artikel 1022c van het Wetsvoorstel in veel gevallen alsnog bevoegd zal verklaren, wegens het feit dat "de gevraagde beslissing niet of niet tijdig in arbitrage kan worden verkregen". Nu er in het Wetsvoorstel geen regeling is opgenomen die een snelle samenstelling van het scheidsgerecht bewerkstelligt, valt te verwachten dat partijen eerder zullen kiezen voor een kort geding bij de rechter, dan dat zij de (mogelijk) langere weg van het arbitraal kort geding bewandelen.

Om daadwerkelijk een bruikbaar alternatief te kunnen bieden voor het kort geding bij de Voorzieningenrechter is het wenselijk dat een aangepaste benoemingsregeling wordt opgenomen in het Wetsvoorstel. Zo zou bijvoorbeeld een vijfde lid kunnen worden toegevoegd aan artikel 1027 van het Wetsvoorstel dat het mogelijk maakt voor een partij om in geval van arbitraal kort geding direct de Voorzieningenrechter te verzoeken om zo spoedig mogelijk een arbiter te benoemen. Op die manier hoeft niet eerst de driemaands termijn voor benoeming van een arbiter te worden afgewacht en is het arbitraal kort geding daadwerkelijk een goed alternatief voor het kort geding bij de Voorzieningenrechter. Als alternatief zou kunnen worden gedacht aan een vijfde lid dat aansluit bij de systematiek van artikel 1027 van het Wetsvoorstel, waarin een zeer korte termijn voor het benoemen van een scheidsgerecht aan partijen wordt gegeven alvorens zij de Voorzieningenrechter om benoeming kunnen vragen. Wij denken hierbij aan een termijn van hoogstens één à twee weken.

<u>Het horen van deskundigen</u>

Artikel 1042 van het Wetsvoorstel regelt de benoeming van een deskundige door het scheidsgerecht. In tegenstelling tot het huidige artikel 1042 Rv voorziet het Wetsvoorstel echter niet in een recht van partijen om deze deskundige na het uitbrengen van diens advies te horen. De Memorie van Toelichting (pagina 25) leert dat het schrappen van dit recht een bewuste keuze is. Wel zal het scheidsgerecht op grond van het voorgestelde artikel 1042 lid 4 iedere partij op enigerlei wijze in staat moeten stellen zich uit te laten over het advies.

Ook hier moet acht worden geslagen op de concurrentiepositie van Nederland als arbitrageland. Met name in de zogenaamde "common law" jurisdicties neemt het verhoor van getuigen en deskundigen een belangrijke plaats in de procedure in, en wordt bijzonder veel waarde toegekend aan het recht van partijen om alle getuigen en deskundigen te horen. Wij merken in dit verband op dat in zowel het NAI Reglement als het arbitrage reglement van het ICC en de *International Bar Association (IBA) Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration* als uitgangspunt wordt genomen dat partijen het recht hebben om een door het scheidsgerecht benoemde deskundige te horen.[5]

Gezien het in artikel 1036 lid 2 jo artikel 1042 lid 2 van het Wetsvoorstel neergelegde beginsel van hoor- en wederhoor, zullen arbiters ons inziens niet snel aan partijen die daar om verzoeken, weigeren om de deskundige te horen, ervan uitgaande dat dit niet leidt tot onredelijke vertraging van het geding (in de zin van artikel 1036 lid 3 Wetsvoorstel). Desalniettemin geven wij er de voorkeur aan om het horen in de wet vast te leggen als een recht van partijen.

Wij zouden dan ook willen voorstellen om in het Wetsvoorstel aan artikel 1042 lid 4 de volgende zin toe te voegen: "Op verzoek van een der partijen worden de deskundigen in een zitting van het scheidsgerecht gehoord."

---

[5] Vergelijk artikel 31 lid 6 NAI Reglement, artikel 6 lid 6 IBA Rules en artikel 25 lid 4 ICC Rules.

Het verlof tot tenuitvoerlegging

Tegen een verleend verlof tot tenuitvoerlegging van een in Nederland gewezen arbitraal vonnis staan op dit moment slechts de rechtsmiddelen van vernietiging en herroeping open; hoger beroep en cassatie zijn uitgesloten (artikel 1062 lid 4 Rv). Tegen een weigering van tenuitvoerlegging van een in Nederland gewezen arbitraal vonnis bestaat echter wel de mogelijkheid om hoger beroep en cassatie in te stellen (artikel 1063 lid 3 en 4 Rv). Deze asymmetrie in de beschikbare rechtsmiddelen in de exequatur procedure voor het in Nederland gewezen arbitrale vonnis wordt in het Wetsvoorstel rechtgetrokken door wijziging van artikel 1062 Rv: in plaats van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank is uitsluitend het Gerechtshof bevoegd tot verlening van het verlof tot tenuitvoerlegging (artikel 1062 lid 1 van het Wetsvoorstel) en, tenzij partijen anders zijn overeengekomen, staat tegen de beslissing van het Gerechtshof beroep in cassatie open (artikel 1062 lid 3 van het Wetsvoorstel).

Het terugbrengen van de exequatur procedure naar maximaal twee rechtsgangen zal de (kosten)efficiënte van deze procedure ten goede komen. Door het Gerechtshof bevoegd te maken om van dergelijke verzoeken kennis te nemen wordt bovendien aangesloten bij de voorgestelde wijziging in de bevoegdheidsregeling ten aanzien van de vernietiging van een arbitraal vonnis in artikel 1064a lid 1 van het Wetsvoorstel, waarin het Gerechtshof eveneens exclusief bevoegd wordt verklaard. In de exequatur procedure zal tevens (beperkt) worden getoetst of het vonnis niet voor vernietiging in aanmerking komt – het is dus logisch dat beide procedures aan dezelfde instantie zijn voorbehouden.

Wij juichen deze wijziging dan ook toe. Wel hebben wij onze bedenkingen bij de nu ontstane ongelijkheid tussen de tenuitvoerlegging van een in Nederland gewezen arbitraal vonnis en de tenuitvoerlegging van een in een andere staat gewezen arbitraal vonnis.

Het huidige artikel 1075 Rv, dat van toepassing is op de tenuitvoerlegging in Nederland van een in een vreemde staat gewezen arbitraal vonnis waarop een erkennings- en tenuitvoerleggingsverdrag van toepassing is, wordt in het Wetsvoorstel nauwelijks veranderd. De Voorzieningenrechter van de Rechtbank blijft de bevoegde rechterlijke instantie om een verlof tot tenuitvoerlegging te verlenen en de bepalingen inzake hoger beroep en cassatie (artikelen 985 tot en met 991 Rv) blijven van overeenkomstige toepassing, voor zover het verdrag geen afwijkende voorzieningen inhoudt. Ook artikel 1076 Rv, dat van toepassing is op de tenuitvoerlegging in Nederland van een in een vreemde staat gewezen arbitraal vonnis waarop geen erkennings- of tenuitvoerleggingsverdrag van toepassing is, blijft te dien aanzien ongewijzigd.

Het valt op dat in de artikelen 1075 en 1076 van het Wetsvoorstel niet lijkt te worden aangesloten bij de gewijzigde bevoegdheidsregeling voor de tenuitvoerlegging van in Nederland gewezen arbitrale vonnissen in artikel 1062 lid 1 van het Wetsvoorstel. Het zou voor de hand kunnen liggen om alle exequaturprocedures bij het Gerechtshof onder te brengen en geen onderscheid te maken tussen de tenuitvoerlegging van in Nederland gewezen arbitrale vonnissen en arbitrale vonnissen die in een vreemde staat zijn gewezen. Het is ons in ieder geval niet duidelijk waarom dit onderscheid wordt gemaakt. In dit verband wijzen wij op artikel III van de New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, waarin is bepaald dat "*there shall not be imposed substantially more onerous conditions or higher fees or charges on the recognition or enforcement of arbitral awards to which this Convention applies than are imposed on the recognition or enforcement of domestic arbitral awards*" en de uitleg die daaraan recent nog is gegeven door de Hoge Raad in het arrest *Rosneft/Yukos Capital*.[6]

Bovenstaande overwegingen pleiten er ons inziens voor om deze procedures gelijk te trekken en zowel voor de tenuitvoerlegging in Nederland van een in Nederland gewezen arbitraal vonnis als van een in een vreemde staat gewezen arbitraal vonnis exclusieve bevoegdheid toe te kennen aan het Gerechtshof.

---

6 HR 25 juni 2010, TvA 2011/9 m.nt. Van Haersolte-van Hof.

Ten slotte wijzen wij er in dit verband nog op dat in artikel 1065 lid 8 van het Wetsvoorstel wordt verwezen naar de Voorzieningenrechter; gezien de hiervoor omschreven wijziging in artikel 1062 lid 1 van het Wetsvoorstel zou hier moeten worden verwezen naar het Gerechtshof.

De vernietigingsprocedure

De mogelijkheid die in artikel 1065a van het Wetsvoorstel voor het Gerechtshof wordt geschapen om in voorkomende gevallen een vernietigingsprocedure te schorsen en de zaak terug te verwijzen naar het scheidsgerecht, juichen wij toe. Evenwel menen wij dat in de wet ook zou moeten worden opgenomen dat de opdracht tot arbitrage in dat geval van kracht blijft. De opdracht tot arbitrage, voortvloeiend uit de onderliggende arbitrageovereenkomst, is immers de grondslag voor de bevoegdheid van het scheidsgerecht.

Artikel 1058 lid 2 van het Wetsvoorstel bepaalt dat, tenzij partijen anders overeenkomen, "de opdracht van het scheidsgerecht eindigt door de neerlegging ter griffie van het laatste eindvonnis, onverminderd het bepaalde in de artikelen 1060 en 1061". Deze laatste zinsnede houdt in dat in het geval van herstel/verbetering (artikel 1060) of aanvulling (artikel 1061) van het arbitraal vonnis, de opdracht tot arbitrage wordt verlengd althans herleeft. In het rapport van mr. A.J. van den Berg van december 2006, waarop blijkens de Memorie van Toelichting in het onderhavige wetsvoorstel is voortgebouwd, wordt de suggestie gedaan om artikel 1058 lid 2 Rv aan te passen door daarin ook artikel 1065a Rv als uitzondering te noemen. "Onverminderd het bepaalde in de artikelen 1060 en 1061" zou volgens het rapport moeten worden gewijzigd in "onverminderd het bepaalde in de artikelen 1060, 1061 en 1065a". Dit verduidelijkt dat ook bij terugverwijzing door het Gerechtshof de opdracht tot arbitrage herleeft en het scheidsgerecht zijn bevoegdheid hier op kan baseren. Naar onze mening dient dit voorstel uit het rapport te worden overgenomen in het Wetsvoorstel.

Een tweede bezwaar dat wij in dit verband hebben, betreft de opmerking in de Memorie van Toelichting bij artikel 1065a van het Wetsvoorstel (onderdeel EEE, bladzijde 50) dat na terugverwijzing zo nodig nieuwe arbiters worden benoemd. Zonder nadere toelichting werpt deze opmerking ons inziens diverse vragen op. Wie benoemt de nieuwe arbiters? Onder welke voorwaarden? Als er nieuwe arbiters worden benoemd, dan lijkt dit bovendien niet te rijmen met de constatering dat door terugverwijzing de opdracht aan het scheidsgerecht "herleeft". Het lijkt ons dan ook dat de opmerking in de Memorie van Toelichting slechts beoogt aan te sluiten bij de opmerking in het eerdergenoemde rapport van Van den Berg. In dat rapport is te lezen: "Ook ingeval van terugverwijzing kan een arbiter worden vervangen overeenkomstig de bepalingen van artikel 1030 op de gronden vermeld in artikel 1029". Het gaat volgens het rapport dus om de specifieke, in artikel 1029 van het Wetsvoorstel voorziene situatie dat een eenmaal benoemde arbiter op eigen verzoek of op verzoek van (een der) partijen van zijn opdracht wordt ontheven, waarna hij krachtens artikel 1030 van het Wetsvoorstel wordt vervangen volgens de regelen die van toepassing waren op de oorspronkelijke benoeming. Inderdaad kunnen wij ons voorstellen dat ook na terugverwijzing een dergelijke situatie zich voordoet. Indien de zin "Zonodig worden nieuwe arbiters benoemd" inderdaad is gebaseerd op de gedachte verwoord in het rapport, stellen wij voor dat in de Memorie van Toelichting wordt verwezen naar de artikelen 1029 en 1030 van het Wetsvoorstel. Indien iets anders is beoogd, dan zou dit ook moeten worden toegelicht, om verwarring in de praktijk te voorkomen.

Voor een nadere toelichting op bovengenoemde punten zijn wij uiteraard beschikbaar.

Hoogachtend,
Met vriendelijke groet,

Willen H. van Baren

Marieke van Hooijdonk